

Kroniek van de intellectuele eigendom

Dirk Visser¹

Het online doorverkopen en uitlenen van e-books is omstreden. De thuiskopieheffing blijft een kostbaar hoofdpijndossier. Een parodie vereist een humoristische bedoeling. Onpersoonlijke geschriften en verweesde werken zijn niet meer beschermd. Een stoel is geen merk, maar een winkelinrichting mogelijk wel. Een ® kan nuttig zijn. Met oudere modellen moet één voor één worden vergeleken. In het octrooirecht gaat de discussie nog altijd over de beschermingsomvang en artikel 69 EOV. Naast afwijkend eigen IE-procesrecht krijgen we ook ons eigen auteurs-mandarijnen-contractenrecht met *iustum pretium* én open access. Kortom, in het IE-recht is het altijd feest. Behalve als het over de proceskosten gaat.

Auteursrecht

Uitputting

In het IE-recht bestaat van oudsher de regel van de 'uitputting'. Wanneer een boek, een CD, een merkartikel of een geotrooieerd apparaat met toestemming van de rechthebbende in het verkeer is gebracht, is verdere doorverkoop of tweedehandsoverkoop vrij. Het verspreidingsrecht is 'uitgeput'. De uitputtingsregel is een manier om een evenwicht te krijgen tussen de rechten en belangen van de intellectuele rechthebbende enerzijds en de eigenaar van het fysieke exemplaar en het vrije verkeer van goederen anderzijds. De intellectuele rechthebbende kan alleen bij de eerste verkoop een vergoeding bedingen en moet bij de prijsstelling daarvan incalculeren dat het exemplaar in kwestie kan en mag worden doorverkocht.

Canvastransfer

Eind jaren zeventig was er in Nederland een zaak over afbeeldingen van Rien Poortvliet-kalenders die op spaan-

plaat werden geplakt en verkocht. Was de uitputting daarop van toepassing? Nee, oordeelde de Hoge Raad, deze verduurzaamde exemplaren vielen niet onder de uitputting, kort gezegd, omdat de toestemming alleen op de verschijningsvorm kalenders had gezien.² 36 jaar en drie dagen later kwam het HvJ EU in 2015 tot dezelfde conclusie in een zaak over zogenaamde 'canvas transfer'.³ Canvas transfer is het overzetten van de inkt van een papieren poster op een canvas ondergrond, waardoor weer een verduurzaamde versie ontstaat, die voor meer geld kan worden verkocht. De zaak is na de eerste verhandeling ervan 'dusdanig gewijzigd dat zij een nieuwe reproductie van dat werk vormt', aldus het HvJ EU. 'Toepassing van de regel van uitputting van het distributierecht zou [de rechthebbenden] de mogelijkheid ontnemen om de distributie van die zaken te verbieden of, in geval van distributie, een passende beloning voor de commerciële exploitatie van hun werken te eisen' (r.o. 48). Deze uitspraak zal weinig verbazing wekken, laat staan weerstand oproepen.

Auteur

1. Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar IE in Leiden en advocaat in Amsterdam. Hij is dank verschuldigd aan P.A.C.E. van der Kooij (Universiteit Leiden en auteur van het stuk over kwekersrecht) S. Dack (voor een nuance daarop en verbetering van het octrooi-deel), P. de Leeuwe, advocaat in Amsterdam en aan vele anderen. Delen van deze kroniek verschenen eerder in andere bladen en berichten, waaronder de rubriek

Snelrecht in het blad *Mr. De heksenjacht* op het zelfplagiat blijft belachelijk. Zoals de grootste stylist van de IE-wereld Quaedvlieg zegt: 'De bijna hysterische opwindende over – dikwijls onbeduidend – partieel 'zelf-plagiat' drijft tot overdreven administratief formalisme in de wetenschap. Het resulteert in een potsierlijke praalstoot met zelfverwijzingen die niet meer dan de kleinste bagatelbetekenis hebben. Wetenschappers die dat schuwen moeten veel tijd gaan beste-

den aan moeizame herformuleringen. Close readers gaan vervolgens puzzelen wat de auteur met die subtiel afwijkende nieuwe formulering beoogt te zeggen – terwijl hij alleen maar hetzelfde wil zeggen. Alle tijd die in deze klucht geïnvesteerd wordt is een verkwisting van publiek geld. De puriteinen van het 'zelfplagiat' bewijzen de wetenschap een slechte dienst' (*NJB* 2014/676, afl. 13, p. 853 e.v.).

Noten

2. HR 19 januari 1979, *NJ* 1979/412 (*Poortvliet vs. Hovener*).
3. HvJ EU 22 januari 2015, ECLI:EU:C:2015:27 (*Art & Allposters vs. Pictoright*).

Veel principiëler en interessanter is de discussie over de mogelijkheid van uitputting met betrekking tot legaal gedownloade 'exemplaren'. In het canvas *transfer*-arrest van 2015 zegt het HvJ EU uitdrukkelijk: 'De uitputting van het distributierecht is (...) van toepassing op de *tastbare zaak* waarin een beschermd werk of een kopie daarvan is belichaamd indien deze zaak met toestemming van de auteursrechthebbende in de handel is gebracht' (r.o. 40, cursief toegevoegd). Maar in 2012 besliste datzelfde HvJ EU in het *UsedSoft*-arrest dat het toestaan van downloaden van software in combinatie met een gebruikslicentie voor onbepaalde tijd kan leiden tot uitputting van het distributierecht op die computersoftware.⁴ Doorverkoop van legaal gedownloade software mocht dus.

Mag een legaal gedownload e-book worden doorverkocht?

Sinds '*UsedSoft*' woedt de discussie of dit nu ook geldt voor legaal gedownloade muziek, films en e-books.⁵ In 2014 trok de Nederlandse onderneming Tom Kabinet de stoute schoenen aan en begon een internetplatform waarop tweedehands e-books kunnen worden verkocht. Het Uitgeversverbond probeerde vervolgens in kort geding een verbod op de verkoop van tweedehands e-books door Tom Kabinet af te dwingen. Zowel Rechtbank als Hof Amsterdam⁶ hebben inmiddels in kort geding beslist dat het onduidelijk is of de doorverkoop van tweedehands e-books mag. Onder die omstandigheden, en omdat de eisende uitgevers niet vooraf in overleg zijn getreden, werd het platform van Tom Kabinet niet verboden. Wel moet Tom Kabinet er op last van het Amsterdamse Hof voor zorgen dat er geen illegale kopieën van e-books worden verkocht. Het is de vraag of Tom Kabinet daarin zal slagen. Het grootste probleem bij e-books is dat 'legale' en illegale kopieën vaak niet van elkaar te onderscheiden zijn. Dat raakt ook de kern van het bezwaar tegen uitputting ten aanzien van gedownloade digitale 'exemplaren' van welke soort dan ook. Van doorverkoop van een exemplaar is in strikte zin geen sprake: de koper krijgt een nieuwe kopie van een eerdere (legale) kopie en de oude eigenaar is gehouden die oude kopie te wissen. Dat was ook de voorwaarde in de *UsedSoft* casus. Maar hoe controleer je of dat gebeurt? De aanbieders op het platform van Tom Kabinet moeten verklaren dat ze een exemplaar van een e-book aanbieden dat ze zelf legaal hebben verkregen en na de 'verkoop' ervan zullen wissen. Tom Kabinet kan checken of er een geldig watermerk in zit. Maar hoe waterdicht is dat? Tegenover deze bezwaren staat het idee dat uitgevers voor e-books vaak prijzen vragen die weinig van die voor papieren boeken afwijken en dat de koper dus recht heeft om zijn exemplaar door te verkopen. Het HvJ EU zal deze vraag op enig moment moeten gaan beantwoorden.

Het grootste probleem bij e-books is dat 'legale' en illegale kopieën vaak niet van elkaar te onderscheiden zijn



Tom Kabinet

Mag een legaal verworven e-book door een bibliotheek online worden uitgeleend?

Geïnspireerd door datzelfde *UsedSoft*-arrest is de Vereniging van Openbare Bibliotheken een proefprocedure begonnen tegen Stichting Leenrecht waarin een verklaring voor recht wordt gevorderd dat bibliotheken legaal verworven e-books online mogen uitleenen (tijdelijk beschikbaar stellen), mits de voor uitleen van fysieke boeken gebruikelijke billijke leenrechtvergoeding wordt betaald. In die zaak heeft Rechtbank Den Haag inmiddels besloten vragen van uitleg te stellen aan het HvJ EU. Het verschil met doorverkoop is dat openbare bibliotheken vanuit een controleerbare omgeving e-books tijdelijk online beschikbaar kunnen stellen en daarvoor per uitleening een op de wet gebaseerde billijke vergoeding zullen betalen. Er wordt dan dus steeds een door een wettelijke onderhandelingsstichting vast te stellen vergoeding betaald en er bestaat niet het gevaar van illegaal aanbod.⁷

Thuiskopie hoofdpijndossier

Het 'Thuiskopie hoofdpijndossier' kende voor het Ministerie van Veiligheid en Justitie in de verslagperiode weer een aantal dure tegenvallers.

Zo'n zeven jaar geleden wilde de Nederlandse regering de thuiskopieerheffingsregeling het liefst geleidelijk afschaffen. Downloaden uit illegale bron kon beter worden verboden en de schade van legaal kopiëren was eigenlijk verwaarloosbaar. Het leek ook nogal een puinhoop bij de doorbetaling van de thuiskopieheffing met een achterstand van 57 miljoen.⁸ Daarom werd de thuiskopieheffing in 2008 eerst 'bevroren' via een AMvB.⁹ De heffing bleef voorts beperkt tot 'oude' digitale dragers, zoals recordable CD's en DVD's en werd niet uitgebreid naar hardware, zoals harddisk-recorders iPods, laptops, tablets en smartphones.

Vervolgens ging er echter van alles mis. Het lukte niet om de thuiskopieheffing af te schaffen, omdat een verbod op downloaden uit illegale bron politiek niet haalbaar was. Daar was bij lange na geen meerderheid voor in de Tweede Kamer. Vervolgens bleek uit het *Opus*-arrest van het HvJ EU¹⁰ dat de betaling van de thuiskopieheffing een *resultaatsverplichting* is voor lidstaten om de schade door privé-kopiëren te compenseren. Hof Den Haag oordeelde vervolgens dat de Staat onrechtmatig had gehandeld door van 2008 t/m 2012 de uitbreiding van de heffing naar hardware door de bevrozing-AMvB's tegen te gaan. Daardoor waren de thuiskopie-inkomsten immers

gedaald, terwijl het kopiëren zeker niet was afgenomen. De Hoge Raad bevestigde dat oordeel en de Staat moest in 2014 schikkingen treffen met de rechthebbenden voor een bedrag van in totaal € 43,3 miljoen.¹¹

In april 2014 oordeelde het HvJ EU in de *ACI Adam*-zaak¹² dat privé-kopiëren uit illegale bron niet op grond van een beperking op het auteursrecht mag worden toegestaan én niet bij de berekening van de hoogte van de thuiskopieheffing mag worden betrokken. Dat was in Nederland expliciet wel gebeurd. Daarom heeft Rechtbank Den Haag¹³ inmiddels geoordeeld dat de AMvB die betrekking had op 2013 en 2014 ook niet deugde en onrechtmatig was jegens de betalingsplichtigen op de hardware, die inmiddels wel onder de heffing viel. En dan is de rekening door de betalingsplichtigen op de blanco CD's en DVD's die vinden dat zij in de periode 2008 t/m 2012 te veel hebben betaald, omdat de heffing ten onrechte niet verschoven was naar de hardware én omdat illegaal downloaden ten onrechte in de heffing was meegenomen, nog niet ingediend. Dat gaat naar verluidt ook weer over miljoenen.

Het is allemaal nogal sneu voor staatssecretaris Teeven. Hij wilde downloaden uit illegale bron altijd al verbieden¹⁴ (ook als Kamerlid al),¹⁵ maar kreeg daar geen Kamermeerderheid voor. Vervolgens kreeg hij gelijk van het HvJ EU, in die zin dat Nederland kopiëren uit illegale bron nooit had mogen toestaan. Maar daardoor krijgt hij nu een schadelclaim van betalingsplichtigen die vinden dat ze daarom jarenlang te veel hebben betaald. Teeven heeft dus ruim € 40 miljoen moeten betalen aan rechthebbenden die volgens de rechter te weinig hebben gehad door die bevrozing, omdat de heffing verschoven had moeten worden van CD's en DVD's naar hardware. En de CD- en DVD-importeurs claimen nog weer meer omdat zij jarenlang te veel hebben betaald, o.a. door die bevrozing, want na die bevrozing ging *hun* heffing direct met 90% omlaag.

Inmiddels is de heffing op hardware per 1 januari 2015 weer bij AMvB¹⁶ met 30% verlaagd, om verschillende, deels moeilijk te doorgronden redenen, maar natuurlijk hoofdzakelijk omdat kopiëren uit illegale bron van het HvJ

EU niet mag worden gecompenseerd door de heffing.¹⁷

Vanwege de resultaatsverplichting voor de lidstaten om toegestane privékopieën te compenseren, zal de staatssecretaris nu alvast moeten gaan nadenken over een heffing 'in the cloud', want de verschuiving van hardware naar de 'cloud' is in volle gang. Anderzijds: er wordt vermoedelijk wel steeds minder privé gekopieerd: als alles online beschikbaar is voor 'streaming', raadpleging op ieder moment, waarom zou je dan nog een kopie voor eigen gebruik gaan maken?

Massadigitalisatie

In 2014 is gebleken hoe lastig het is om archieven online te zetten zonder het auteursrecht te schenden. Zowel het archief in Rotterdam als het archief in Leiden werden veroordeeld wegens auteursrechtinbreuk op vordering van collectieve auteursrechtorganisaties.

Het Rotterdamse archief wilde alleen beeldmateriaal van plaatselijke betekenis online zetten en was graag bereid 'bijvangst' bestaande uit werk van bekende kunstenaars op eerste verzoek te verwijderen. Vooraf alles checken was praktisch onmogelijk. Maar dat bleek niet voldoende voor de Amsterdamse rechtbank.¹⁸ Het Leidse archief had de overgrote meerderheid van de rechten geregeld voordat het de lokale kranten (vanaf eind negentiende eeuw) online zette, en verwijderde desgevraagd materiaal als er bezwaar werd gemaakt. Ook dat was niet voldoende. Volgens de Haagse rechtbank had vooraf van *iedere* rechthebbende toestemming moeten worden gevraagd.¹⁹ Of er had een regeling getroffen moeten worden met collectieve belangenorganisaties als Lira en Pictoright. Daarvan zijn echter lang niet alle rechthebbenden lid. Weliswaar zijn collectieve belangenorganisaties bereid vrijwaringen te geven, maar die zijn in omvang nogal beperkt en dekken daarom niet de risico's.

Eind oktober zijn artikelen 160 t/m 16r en 17 aan de Auteurswet toegevoegd ter implementatie van de EU-richtlijn 'verweesde werken'.²⁰ Verweesde werken zijn kunstwerken waarvan *na uitgebreid, zorgvuldig* onderzoek

4. HvJ EU 3 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:407 (*UsedSoft vs. Oracle*).

5. Zie bijv.: H. Struik, 'Past de UsedSoft-constructie ook in de Auteursrechtlijn?', *AMI* 2014, p. 47-52; M.G. Schrijvers, 'ReDigi - een enge beslissing?', *IER* 2014/1, p. 1; A.A. Quaadvlieg, 'UsedSoft: digitale uitputting tot elke prijs', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, (Serie Onderneming en Recht deel 81-II), Deventer: Kluwer 2014; *IEF* 13987. Quaadvlieg is niet enthousiast over het *UsedSoft* arrest: 'Het als laatste besproken *UsedSoft* toont breeddeloos uit zijn bol tredend rechterlijk activisme. Al toedenerend naar het resultaat haalt het HvJ EU alles overhoop wat de zee van het recht bevaarbaar maakt. Het Hof negeert burgerlijk recht, negeert internationaal recht, mutileert het concept van het specifiek voorwerp van de intellec-

tuele eigendom, miskent de basisvoorwaarden van de uitputtingsregel en omkleedt het geheel met een maskerade van onbeschrijflijke juridische warrigheid. Het spreekwoordelijke gehaspel van de aap in de warenwinkel, dat is de onweerstaanbare associatie die deze uitspraak oproept.'

6. Hof Amsterdam 20 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:66 (*NUV vs. Tom Kabinet*) en Rb. Amsterdam (vzr.) 21 juli 2014, *IEF* 14055 (*NUV vs. Tom Kabinet*).

7. Schrijver dezes is niet onpartijdig, want raadsman van de bibliotheken in deze proefprocedure.

8. Jaarverslag 2006 College van Toezicht Auteursrecht, p. 8.

9. AMvB van 5 november 2007, *Stb.* 435 en AMvB van 16 november 2009, *Stb.* 480.

10. HvJ EU 16 juni 2011, C-462/09, ECLI:EU:C:2011:397 (*ThuisKopie vs. Opus*).

11. Brief van 8 december 2014 aan de

Tweede Kamer inzake de schikking die is gesloten tussen Stichting de ThuisKopie en de Staat. Deze schikking bedroeg € 33,5 miljoen. Eerder schikte de Staat voor € 10 miljoen met NORMA, de collectieve beheersorganisatie die acteurs en musici vertegenwoordigt. (Persbericht van Justitie van 8 september 2014).

12. HvJ EU 10 april 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254 (*ACI Adam vs. ThuisKopie*).

13. Rb. Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:798 (*Acer/Staat en Nokia vs. Staat*).

14. *Kamerstukken II* 2010/11, 29838, 29 (speerpuntenbrief auteursrecht) '(...) het downloaden uit evident illegale bron onrechtmatig verklaard (...)'

15. Zie: *Auteursrechten, een rapport* (uit 2009) door de toenmalige Tweede Kamerleden Gerken, Smeets, Teeven en Van

Vroonhoven-Kok.

16. Besluit van 28 oktober 2014, *Stb.* 2014, 410.

17. Dit werd ook nog eens bevestigd in HvJ EU 5 maart 2015, ECLI:EU:C:2015:144 (*Copydan Bandkopi*), waarin het Hof weer een aantal extra onnavolgbaar ingewikkelde instructies geeft over waar een thuiskopieregime aan moet voldoen.

18. Rb. Amsterdam 23 juli 2014, *IEF* 14071 (*Pictoright vs. Stadsarchief Rotterdam*).

19. Rb. Den Haag 17 december 2014, *IEF* 14487 (*Lira-Pictoright vs. Gemeente Leiden*).

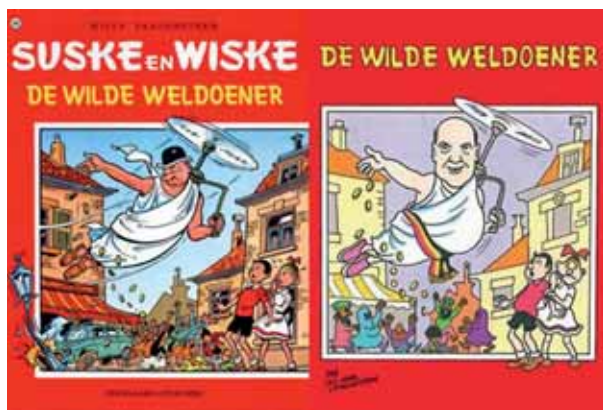
20. Wet van 8 oktober 2014 tot wijziging van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten in verband met de implementatie van de Richtlijn 2012/28/EU inzake bepaalde toegestane gebruikswijzen van verweesde werken, *Stb.* 2014, 388.

is gebleken dat de rechthebbende onvindbaar is. Bij massadigitalisering van honderdduizenden archiefstukken is het echter volstrekt onmogelijk om per stuk uitgebreid onderzoek te gaan doen naar de rechthebbende. De archiefwereld heeft daarom in de praktijk geen enkel voordeel van deze nieuwe regeling. In de praktijk lijkt het eerder een nadeel, omdat de rechter er *a contrario* een bevestiging in kan zien dat als de voorwaarden van de 'verweesde werken'-bepalingen niet vervuld zijn, het verbodsrecht altijd onverkort van toepassing is en er geen ruimte zou zijn voor een belangenafweging.²¹

Nieuwe hoop voor een oplossing wordt geboden door een rapport over 'Extended collective licensing' dat op 16 december 2014 aan de Tweede Kamer werd aangeboden.²² Extended Collective Licensing (ECL) is een uit Scandinavië bekend model waarbij afspraken tussen gebruikers en collectieve belangenorganisaties als het ware 'algemeen verbindend' kunnen worden verklaard, waardoor ze ook van toepassing zijn op niet-aangesloten 'outsiders', zolang die niet hebben gekozen voor een 'opt out'. Alle belanghebbenden lijken voorstander van deze benadering. De kans is daarom groot dat deze praktische oplossing in 2015 zal worden ingevoerd.

Parodie

Johan Deckmyn, lid van het Vlaams Belang, deelde in 2011 op de nieuwjaarsreceptie van de stad Gent kalenders uit met op de voorkant een parodie op het omslag van het Suske & Wiske album 'De Wilde Weldoener' (zie afbeeldingen). In de parodie werd de hoofdpersoon van het origineel vervangen door de burgemeester van de stad Gent en werden de personen die de muntstukken oprapen, vervangen door gesluierde en gekleurde figuren. De erfgenamen van Suske & Wiske-tekenaar Vandersteen maakten hier bezwaar tegen. Deckmyn beriep zich op de beperking op het auteursrecht ten gunste van de parodie, zoals die vastligt in de EU Auteursrechtrichtlijn.



Wilde weldoener en parodie

Op 3 september 2014 heeft het HvJ EU in deze zaak beslist 'dat de wezenlijke kenmerken van de parodie erin bestaan dat, enerzijds, een bestaand werk wordt nagebootst doch met duidelijke verschillen met het bestaande werk en, anderzijds, aan humor wordt gedaan of de spot wordt gedreven'.²³ Nabootsing, duidelijk verschil en humor zijn dus de belangrijkste vereisten voor een parodie.

Volgens het Hof is niet vereist dat de parodie *betrek-*

king heeft op het oorspronkelijke werk. Dit is belangrijk nieuws, omdat velen ervan uit gingen dat een parodie alleen toelaatbaar zou zijn als het werk zelf of zijn maker op de hak worden genomen. Maar dat hoeft dus niet volgens het Hof. Het is dus kennelijk ook toelaatbaar om iemands werk te gebruiken om heel iemand anders belachelijk te maken. Wel zegt het Hof dat een parodie te ver kan gaan als deze 'een discriminerende boodschap weer-geeft met als gevolg dat het beschermde werk met een dergelijke boodschap wordt geassocieerd'. Of daarvan sprake is zal de nationale rechter moeten uitmaken. Er is ook sprake van een belangenafweging tussen de belangen van de makers en de vrijheid van meningsuiting.

Dat de humoristische bedoeling wel een belangrijke voorwaarde blijft, blijkt uit een andere Belgische zaak die de nodige publiciteit kreeg. Fotograaf Van Giel had een foto gemaakt van de Belgische politicus Jean-Marie Dedecker. Kunstenaar Tuymans maakte op basis van deze foto een schilderij, genaamd 'A Belgian Politician'. In de door Van Giel aangehangig gemaakte rechtszaak beriep Tuymans zich op de stroming van de 'Appropriation Art' en zijn kunstenaarsprofiel als contemporaine schilder. De schilder beriep zich ook op de parodie-exceptie. Zonder succes. De Belgische rechter verbood het schilderij.²⁴ Van een humoristische bedoeling was niet gebleken.



Tuymans en Van Giel

Dit roept de vraag op waarom die humoristische bedoeling nu een vrijbrief is voor de grofste en infantielste bewerkingen.²⁵ terwijl een kunstzinnige en serieuze bewerking steeds kan worden verboden. Mijns inziens is goed verdedigbaar dat als de schilder de naam van de maker van de foto had vermeld en hem een vergoeding had aangeboden in de vorm van een percentage van eventuele commerciële inkomsten van het schilderij, een afwijking van het auteursrecht tegen het grondrecht van de *kunsvrijheid* als vastgelegd in artikel 13 van het Handvest van de grondrechten van de EU²⁶ er toe had moeten leiden dat het schilderij van Tuymans niet volledig verboden had kunnen worden.

Onder dezelfde omstandigheden was naar Nederlands auteursrecht ook verdedigbaar geweest dat er sprake was van een bewerking in de vorm van een nieuw, oorspronkelijk werk. De heersende leer is dat zodra er nog subjectieve trekken van het oorspronkelijke werk (de foto) herkenbaar zijn er geen sprake kan zijn van een toelaatbaar nieuw, oorspronkelijk werk. De tekst van de wet staat echter een ruimhartiger interpretatie toe (die in het verleden ook ten gunste van parodieën werd gebruikt).²⁷ Er is daarmee veel meer ruimte voor de 'vrije bewerking' dan meestal wordt aangenomen.

Geschriftenbescherming volledig afgeschaft

Per 1 januari 2015 is de geschriftenbescherming volledig afgeschaft.²⁸ Begin 2014 werd al duidelijk dat deze bescherming voor niet-originele geschriften voor gegevensverzamelingen niet meer bestond vanwege strijd met de EU Databankenrichtlijn.²⁹ Maar nu is deze oude beschermingsvorm helemaal uit de Auteurswet verdwenen, door schrapping van het woord 'alle' voor 'andere geschriften' in artikel 10 lid 1 sub 1 Auteurswet. De geschriftenbescherming is in het verleden vooral van belang geweest voor de bescherming van programmeergevens die de basis vormden van het omroepbladenmonopolie dat belangrijk was voor de publieke omroepen.³⁰ De omroepen hebben de strijd nog niet helemaal opgegeven, maar de (zoveelste) poging om programmeergevens onder het normale 'creatieve' auteursrecht te brengen is in ieder geval mislukt.³¹

Auteurscontractenrecht met iustum pretium en Open Access

Op 12 februari 2015 ging de Tweede Kamer akkoord met het wetsvoorstel auteurscontractenrecht.³² Dat betekent dat mogelijk al per 1 juli 2015 iedere auteur en uitvoerende kunstenaar als hoofdregel recht krijgt op een billijke vergoeding (iustum pretium) voor iedere vorm van exploitatie. Bij onverwacht groot succes heeft de auteur recht op een *aanvullende* vergoeding. En bij niet-gebruik kan hij zijn auteursrecht terugvragen. Bovendien krijgen filmauteurs en -acteurs recht op een *proportionele* billijke vergoeding, die deels verplicht collectief zal worden uitgeoefend. Onredelijke bedingen in auteurscontracten worden vernietigbaar. Er zijn tal van uitzonderingen en vage begrippen. Of auteurs en acteurs er iets mee opschieten is de vraag.³³ De rechtsonzekerheid zal in ieder geval fors toenemen. Voor auteursrechtadvocaten is het heerlijk. Naast steeds ingewikkelder eigen IE-procesrecht krijgen zij nu ook eigen auteurs-mandarijnen-contractenrecht met iustum pretium. De billijke vergoeding kan de gebruikelijke vergoeding zijn, maar als het gebruik onbillijk is kan die ook hoger zijn. De billijke vergoeding kan onder omstandigheden ook nihil zijn.

De soepele aanvaarding van het wetsvoorstel was

vooral te danken aan het feit dat vlak voor de plenaire behandeling van het wetsvoorstel een convenant was gesloten tussen de belanghebbenden. De producenten, omroepen en distributeurs (verenigd in RODAP) sloten dit convenant met de rechtenorganisaties verenigd in PAM (LIRA, VEVAM en NORMA). Voor de 'normale' televisie-uitzendingen en gratis 'uitzending gemist' wordt door alle Nederlandse distributeurs de komende vijf jaar aan de rechtenorganisaties een vast bedrag per abonnee betaald. Voor 'video on demand'-diensten zoals tv-programma's en films op bestelling via verschillende platforms en schermen (televisie, tablets, smartphones, home cinema's, enz.) is voor 2015 een lumpsum vergoeding (een vast bedrag) overeengekomen. Een expertgroep gaat komend half jaar deze markt van on demand diensten verder onderzoeken en in beeld brengen. Op basis hiervan zal de expertgroep voorstellen doen voor de vergoeding door exploitanten aan de rechtenorganisaties in PAM voor de periode vanaf 2016.³⁴ Daarmee was het enige echt hete hangijzer van het wetsvoorstel geregeld.

Auteursrechtadvocaten krijgen nu ook eigen auteurs-mandarijnen-contractenrecht

Voor wetenschappelijke auteurs is verder van belang dat bij het wetsvoorstel auteurscontractenrecht het amendement Taverne over ('green') Open Access werd aangenomen.³⁵ Wetenschappelijke artikelen waarvoor het onderzoek geheel of gedeeltelijk op kosten van de overheid heeft plaatsgevonden mogen na verloop van een redelijke termijn door de auteur in Open Access worden geplaatst. Van dit recht kan geen afstand worden gedaan. Universitair medewerkers hoeven dit recht dus niet meer te bedingen of voor te behouden in overeenkomsten met uitgeverij. Ze hebben en houden het automatisch. Zij hoeven alleen overeenstemming te bereiken over wat per geval een 'redelijke termijn' is.

21. Rb. Amsterdam 23 juli 2014, IEF 14071 (Pictoright vs. Stadsarchief Rotterdam), r.o. 4.12.

22. *Extended collective licensing: panacee voor massadigitalisering?* Onderzoek door het IVIR in opdracht van het Ministerie van OCW, 1 september 2014.

23. HvJ EU 3 september 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132, AMI 2014, nr. 16, p. 204, m.nt. Koelman (Deckmyn). Zie ook de andere bijdragen aan de parodie-special AMI 2014/6.

24. Rb. Antwerpen 15 januari 2015, IEFbe 1158 (Van Giel vs. Tuymans).

25. Vergelijk de Nijntje-parodieën die toelaatbaar bleken: Hof Amsterdam 13 september 2011,

ECLI:NL:GHAMS:2011:BS7825, IER

2012/15 m.nt. Speyart, AMI 2012, nr. 3, p. 28 m.nt. Visser (Bruna vs. Punt.nl; Nijntje-parodieën).

26. De vrijheid van kunsten en wetenschap: 'De kunsten en het wetenschappelijk onderzoek zijn vrij. De academische vrijheid wordt geëerbiedigd'.

27. Vergelijk Verkade & Spoor, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 1985, p. 114-115.

28. Wet van 5 november 2014 tot wijziging van de Auteurswet in verband met de afschaffing van bescherming van geschriften zonder oorspronkelijk karakter of persoonlijk stempel van de maker Stb. 2014, 428, Inwerkingtredingsbesluit: Stb. 2014, 437. Kamerstukken dossier 33800.

29. HR 17 januari 2014,

ECLI:NL:HR:2014:88, AA 2014, p. 847

m.nt. Visser, AMI 2014, nr. 8, p. 89, m.nt. Schieman, IER 2014/41 m.nt. Speyart (Ryanair vs. PR Aviation).

30. Zie: Hugenholtz, 'Het einde van het omroepbladenmonopolie nadert nog steeds (maar doet er weinig meer toe)', in: *25 jaar Mediaforum. Een vooruitblik door de achteruitkijkspiegel*, M.J. Geus e.a. (red), Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2013, p. 40-44.

31. Hof Amsterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1798, AMI 2014, nr. 14, p. 164 m.nt. Kabel, IER 2014/42 m.nt. Seignette (TMG vs. NPO).

32. Wetsvoorstel Auteurscontractenrecht, Kamerstukken II 2011/12, 33308, 2 (10 februari 2015).

33. Zie bijv. Visser 'Alle auteurs krijgen recht

op een 'billijke vergoeding', NJB 2011/1587, afl. 30, p. 2017-2021.

34. Persbericht Voice d.d. 9 februari 2015.

35. WV 33 308, nr. 11 (aankomende onder nr. 8). Zie hierover C. Prins, *NJB* 2014/78, afl. 2, p. 87. Art. 25fa Aw: 'De maker van een kort werk van wetenschap waarvoor het onderzoek geheel of gedeeltelijk met Nederlandse publieke middelen is bekostigd, heeft het recht om dat werk na verloop van een redelijke termijn na de eerste openbaarmaking ervan, om niet beschikbaar te stellen voor het publiek, mits de bron van de eerste openbaarmaking daarbij op duidelijke wijze wordt vermeld'.

Merkenrecht

Vormmerken

Vormen kunnen als merk worden ingeschreven. Dat blijkt uit de wet en Europese regelgeving. Maar het HvJ EU stelt steeds strengere eisen aan vormmerken. Zo streng, dat er weinig vormmerken meer overblijven. Het is de vraag hoe erg dat is. Technische uitvindingen kunnen twintig jaar lang worden beschermd door het octrooirecht. Modellenrechtbescherming voor tijdig ingeschreven nieuwe vormgeving duurt maximaal vijftientig jaar. Toegepaste kunst is beschermd tot zeventig jaar na de dood van de maker door het auteursrecht. Na verloop van deze beschermingstermijnen vallen uitvindingen, siermodellen en kunstwerken in het publieke domein en mag iedereen ze namaken. Maar het merkenrecht is eeuwigdurend. Zolang een merk wordt gebruikt en de inschrijving wordt vernieuwd is een merk eindeloos beschermd. Om te voorkomen dat bescherming van vormgeving kunstmatig wordt verlengd via het merkenrecht bestaan er extra eisen voor vormmerken. Die extra eisen heeft het HvJ EU eerder al streng uitgelegd met betrekking tot het driekoppig scheerapparaat van Philips³⁶ en het Legoblokje.³⁷ Beide konden geen merk zijn. Nu heeft het HvJ EU zich bij arrest van 18 september 2014 uitgesproken over de bekende Tripp Trapp kinderstoel.³⁸ Vanwege de functionaliteit, dan wel vanwege de aantrekkelijkheidswaarde, kan de vorm van deze stoel niet als merk worden beschermd.



Tripp trapp stoel

Daarmee is nu duidelijk dat merkenrecht zeer beperkt van toepassing is op toegepaste kunst. Designgebruiksvoorwerpen hebben namelijk in de praktijk:

- hetzij onvoldoende onderscheidend vermogen omdat ze niet 'significant afwijken' van wat gebruikelijk is;
- hetzij één of meerdere wezenlijke gebruikskennmerken (...) die inherent zijn aan de generieke functie of functies van deze waar (...) waarnaar de consument mogelijksterwijs in de waren van concurrenten zoekt;
- hetzij een 'artistieke waarde' waar in de reclamestrategie de nadruk op wordt gelegd.

Als één van deze omstandigheden zich voordoet, is een geldig vormmerk niet mogelijk. Dit betekent waarschijnlijk dat zeer veel vormen met een gebruiksfunctie of met een enigszins aantrekkelijk uiterlijk geen merk kunnen zijn.

Design is meestal (zonder registratie) effectief beschermd door het auteursrecht of (met registratie) door

het modellenrecht, en eventueel via de aanvullende werking van de onrechtmatige daad (slaafse nabootsing). Bescherming via het merkenrecht is echter voor fraaie vormgeving praktisch onmogelijk. En dat is objectief gezien ook niet zo vreemd.

In dit licht is het best opmerkelijk dat het HvJ EU het afgelopen jaar ook heeft geoordeeld dat een winkelinrichting is aan te merken als een 'verpakking' van een verkoop-'dienst'.³⁹ Een afbeelding van een winkelinrichting met een grijze pui en een grote ruimte met houten uitstaltafels met daarop computerapparatuur kan als merk worden geregistreerd voor de dienst 'verkoop van computerapparatuur'. Dit kan al 'door een gewone tekening zonder opgave van maten of verhoudingen', puur het totaalplaatje dus. Voorwaarde is wel dat wordt aangetoond dat deze winkelinrichting 'significant afwijkt' van gebruikelijke winkelinrichtingen voor dit soort diensten.



Apple winkelinrichting

Het ligt voor de hand dat nu ook bijvoorbeeld bedrijfskleding, ontvangstruimtes en met name ook het ontwerp van websites als 'verpakking' van (internet)diensten als merk geregistreerd kunnen worden door middel van een 'gewone tekening'. Ook daarbij zal 'significant afwijken' van wat gebruikelijk is vermoedelijk de voorwaarde zijn. Overigens gaf het HvJ EU geen oordeel over de vraag of de Apple-winkelinrichting inderdaad significant afwijkt en ook niet over de beschermingsomvang van een winkelinrichting-merk. Het is ook niet uitgesloten dat een winkelinrichting ook nog weer getoetst zou worden aan de voorwaarden voor vormmerken,⁴⁰ waardoor de fraaie en technisch bepaalde winkelinrichtingen ook weer zouden afvallen.

Verwording tot soort aanduiding

Een merk kan eeuwigdurend beschermd zijn, mits het normaal wordt gebruikt, de inschrijving iedere tien jaar wordt verlengd én de merkhouder er voor waakt dat zijn merk niet verwordt tot soortnaam. Over die verwording tot soortnaam wees het HvJ EU een belangrijk arrest over het merk Kornspitz voor broodjes en voor meel voor broodjes.⁴¹

Backaldrin heeft het Oostenrijkse woordmerk KORN-SPITZ en levert een bakmengsel aan bakkers. Die bakken er langwerpige broodjes van die aan beide uiteinden spits toelopen. Backaldrin geeft deze bakkers toestemming om die broodjes onder de naam 'Kornspitz' te verkopen. Bakkers weten dat 'Kornspitz' een merk is, maar volgens concurrent Pfahnl, 'wordt dit woordteken echter door de eindverbruikers opgevat als de gebruikelijke benaming van een bakkerijproduct, te weten langwerpige broodjes die aan beide uiteinden spits toelopen. Deze perceptie wordt met name verklaard door de omstandigheid dat bakkers die dit door Backaldrin geleverd bakmengsel gebruiken, hun klanten doorgaans niet meedelen dat het teken

‘KORNSPITZ’ als merk is ingeschreven en de broodjes op basis van dit mengsel worden geproduceerd’. Merkhouder heeft een probleem, want het HvJ EU oordeelt dat van verwording tot soort aanduiding sprake kan zijn ‘wanneer het merk door toedoen of nalaten van deze houder louter uit het oogpunt van de eindverbruikers ervan de gebruikelijke benaming voor deze waar is geworden’. Als ‘nalaten’ kan ook worden aangemerkt ‘het feit dat de houder van een merk de verkopers niet ertoe aanzet om dit merk meer te gebruiken bij de verkoop van een waar waarvoor het merk is ingeschreven’.



Kornspitz

Als verwording tot soortnaam dreigt, doet een merkhouder er verstandig aan zijn afnemers te verplichten een ® aan te brengen of anderszins duidelijk te maken dat het om een merk gaat. Verwording tot soortnaam die een merk echt fataal wordt, komt in de praktijk niet vaak, maar wel af en toe voor. Het woord ‘Shiso’ bleek tot soortnaam te zijn verworven voor een kruid met de taxonomische soortnaam ‘perilla frutescens’.⁴² ‘Turbo’ verwerd tot soortnaam voor een bepaald beleggingsproduct.⁴³

Modellenrecht

Op het gebied van het modellenrecht wees het HvJ EU een belangrijk arrest⁴⁴ over een aantal gekopieerde bloesjes en truien. Het ging onder andere om de vraag of voor de nieuwheid en het eigen karakter van de bloesjes gekeken moest worden naar afzonderlijke bestaande bloesjes of dat vergeleken moest of mocht worden met een ‘amalgam’, een samenstel, van kenmerken van bestaande bloesjes. Dat laatste mag niet. Daarmee vaart het HvJ EU mijns inziens een wat andere koers dan de Hoge Raad leek te hebben ingezet met zijn *Apple iPad*-arrest, waarin wel met *afzonderlijke* kenmerken vergeleken leek te mogen worden.⁴⁵ De nieuwe hoogleraar IE in Groningen, Paul Geerts,⁴⁶ is het niet met mij eens. Volgens hem zat de Hoge Raad niet op die koers.⁴⁷ Hoe dit ook zij, de koers van

het HvJ EU prevaleert sowieso, en daar zijn we het over eens: er moet vergeleken worden met de ‘algemene indrukken’ van de afzonderlijke oudere modellen om te bepalen of een model *geldig* is. Bij de bepaling van de *beschermingsomvang* moet echter ook weer naar de ‘algemene indrukken’ van het eisende en het gedaagde model worden gekeken en wel door de ogen van de ‘geïnformeerde gebruiker’ en moet rekening worden gehouden met de ‘ontwerpvrijheid’ die bestond. Die ‘geïnformeerde gebruiker’ is weer wel bekend met al die afzonderlijke kenmerken van oudere modellen en die kunnen dus bij zijn algemene indruk meewegen. De rechter kan er desgewenst weer alle kanten mee op.



Karen Millen en Dunnes

Octrooirecht

In het octrooirecht gaat het ook meestal om de geldigheid en de beschermingsomvang. Octrooigeleerden en praktijkmensen zijn het permanent met elkaar en met de Hoge Raad oneens over hoe octrooien moeten worden geïnterpreteerd en welke gezichtspunten daarbij een rol spelen of de doorslag mogen geven. De basis daarbij is steeds artikel 69 Europees Octrooiverdrag en het bijbehorende uitlegprotocol. Dat wordt vrijwel ieder jaar in deze kroniek gemeld, maar daar blijft het in het octrooirecht nu eenmaal om gaan.

In de zaak *Medinol vs. Abbott*⁴⁸ legde de Hoge Raad uit dat onderscheid gemaakt moet worden tussen de geldigheid en de abstracte beschermingsomvang en de concrete beschermingsomvang (de inbreukvraag).

‘Onderscheiden dient te worden enerzijds de vraag naar de uitleg van het octrooi met het oog op de vaststelling van de beschermingsomvang daarvan en anderzijds de daarop volgende vraag of een voortbrengsel (of in voorkomend geval: werkwijze) onder

36. HvJ EG 18 juni 2002, C-299/99, ECLI:EU:C:2002:377 (*Philips vs. Remington*).

37. HvJ EU 14 september 2010, C-48/09 P, ECLI:EU:C:2010:516 (*Lego-blokje*).

38. 3HvJ EU 18 september 2014, C-205/13, ECLI:EU:C:2014:2233 (*Hauck vs. Stokke*).

39. HvJ EU 10 juli 2014, ECLI:EU:C:2014:2070, BIE 2014, nr. 53 m.nt. Van der Kooij (*Apple vs. DPMA*).

40. Vergelijk HvJ EU 15 mei 2014, C-97/12

P, ECLI:EU:C:2014:324, IER 2014/53 m.nt. Eijsvogels (*Louis Vuitton Malletier vs. BHIM*).

41. HvJ EU 6 maart 2014, C-409/12, ECLI:EU:C:2014:130, BIE 2014/18, p. 94 m.nt. Cohen Jehoram, IER 2014/50, p. 337 m.nt. Geerts (*Backaldrin vs. Pfahn; Kornspitz*).

42. Rb. Den Haag 2 april 2014, IEF 13711, ECLI:NL:RBDHA:2014:5266 (*Cresco vs. Koppert Cress*).

43. V.zr. Rb. Den Haag 9 september 2014,

IEF 14181 (*BNP Paribas vs. Binckbank*).

44. HvJ EU 19 juni 2014, C-345/13, ECLI:EU:2014:2013, BIE 204, nr. 58, p. 239, m.nt. Huydcoper, IER 2014/61, p. 422, m.nt. Geerts (*Karen Millen vs. Dunnes*).

45. ‘Apple/Samsung achterhaald door Karen Millen’, IEF 13976.

46. ‘Mr. dr. Paul Geerts is met ingang van 1 december 2014 aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid benoemd tot bijzonder hoogleraar Intellectueel Eigendomsrecht, vanwege de

Stichting Intellectuele Eigendom Groningen. Hij volgt prof. Ch. Gielen op die sinds 1992 bijzonder hoogleraar Intellectueel Eigendomsrecht was’ (*Persbericht RUG*).

47. P.G.F.A. Geerts, noot onder HvJ 19 juni 2014, C-345/13 (*Karen Millen vs. Dunnes Stores*), IER 2014/61, p. 422.

48. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:816, BIE 2014, nr. 39 m.nt. De Lange, IER 2014/65, p. 460 m.nt. Iserief en Verschuur (*Medinol vs. Abbott*).

de aldus vastgestelde beschermingsomvang valt. In het kader van eerstgenoemde vraag kunnen diverse gezichtspunten een rol spelen. Een daarvan is de achter de woorden van de conclusies liggende uitvindingsgedachte (...). Bij het achterhalen daarvan moet het perspectief van de gemiddelde vakman en diens kennis van de stand van de techniek op de aanvraag- of prioriteitsdatum richtinggevend worden geacht. Het gaat dan immers om de vaststelling van hetgeen het octrooi toevoegt aan de stand van de techniek. Dat, zoals uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt, bij de beantwoording van deze vraag onder omstandigheden ook betekenis kan worden gehecht aan gegevens uit het – van na de aanvraag- of prioriteitsdatum daterende – verleningsdossier, doet aan dit uitgangspunt niet af.

In het kader van de daarop volgende inbreukvraag kan daarentegen mede betekenis worden gehecht aan de kennis van de gemiddelde vakman ten tijde van de beweerde inbreuk, in het bijzonder waar het erom gaat of sprake is van equivalente elementen.⁴⁹

Dat betekende in dit geval dat een bepaalde *stent*, een uitvouwbaar buisje om een dichtslibbende ader open te houden, naar de letter wél onder een octrooi-conclusie leek te vallen, maar er toch níet onder viel omdat deze *stent* niet de kenmerken had waar het in het octrooi eigenlijk (in wezen⁵⁰) om ging. Bij die bewuste *stent* deed zich namelijk door een andere geometrie een bepaald probleem niet voor, waarvoor het octrooi de specifieke oplossing vormde.

Later in het jaar bevestigde de Hoge Raad dat het standaard interpretatie-instrument van het Europees Octrooibureau, de *problem solution approach* slechts een hulpmiddel is en niet doorslaggevend is bij het bepalen van de vereiste inventiviteit. De *problem solution approach* houdt in dat gekeken wordt voor welk objectief probleem ten aanzien van de meest nabije stand van de techniek de uitvinding een oplossing biedt.⁵¹

‘Om te kunnen aannemen dat een uitvinding inventief is, is in zijn algemeenheid niet van belang of – in de terminologie van de ‘problem solution approach’ die rechtbank en hof in navolging van partijen in deze zaak hebben gebezigd – het objectieve technische probleem waarvoor de uitvinding een oplossing of verbetering biedt, door de gemiddelde vakman zou zijn onderkend. Bepalend is immers of de uitvinding voor de gemiddelde vakman niet op een voor de hand liggende wijze voortvloeit uit de stand van de techniek (vgl. art. 6 Rijksoctrooiwet 1995). Enerzijds kan dus sprake zijn van inventiviteit als pas door de uitvinding kenbaar wordt dat (voordien) een probleem bestond waarvoor de uitvinding een oplossing biedt. Anderzijds is voor het ontzeggen van inventiviteit aan een bepaalde uitvinding in zijn algemeenheid niet nodig dat de rechter vaststelt dat de gemiddelde vakman het probleem, waarvoor de uitvinding een oplossing biedt, zou hebben onderkend. Voor het oordeel dat een uitvinding inventief ontbeert, is immers in beginsel voldoende dat de gevonden oplossing op een voor de hand liggende wijze voortvloeit uit de stand van de techniek. Dit is

slechts anders indien de octrooigerechtigde zich erop beroept dat de inventiviteit van de uitvinding vooral gelegen is in het onderkennen van het probleem en niet zozeer in de (vervolgens) daarvoor gevonden oplossing.’

De rechter moet vaststellen of iets *inventief* is, oftewel of het voor de gemiddelde vakman, de *person skilled in the art*, niet voor de hand lag.

‘The “person skilled in the art” should be presumed to be a skilled practitioner in the relevant field of technology, who is possessed of average knowledge and ability and is aware of what was common general knowledge in the art at the relevant date (...). He should also be presumed to have had access to everything in the “state of the art”, in particular the documents cited in the search report, and to have had at his disposal the means and capacity for routine work and experimentation which are normal for the field of technology in question.’⁵²

Daarmee is niet gezegd dat het, met of zonder de *problem solution approach* en deze gedetailleerde ‘fictieve maatman’, *eenvoudig* is om vast te stellen of iets inventief is. Er blijft ook een subjectief element in zitten, en dat zal nooit veranderen, hoe verfijnd de rechtspraak ook wordt.

Octrooirecht, kwekersrecht en biotechnologie

Op 1 juli 2014 trad een wijziging in werking van artikel 53b Rijksoctrooiwet. Ingevolge lid 2 strekt het uitsluitend recht van de octrooihouder zich thans niet meer uit over handelingen met biologisch materiaal die dienen tot het kweken, of ontdekken en ontwikkelen van andere plantensoorten. Aldus werd in het octrooirecht een beperkte kwekersvrijstelling geïntroduceerd: *gebruikmaken* van geoctrooieerd plantmateriaal voor veredelingsdoeleinden mag, maar indien vervolgens een nieuw ras is ontstaan (waarin het geoctrooieerde element nog steeds aanwezig is), is *exploitatie* van dat nieuwe ras alleen mogelijk na van de octrooihouder verkregen toestemming.

Deze uitholling van het octrooirecht op het gebied van planten gaat te ver voor menige (octrooi)rechthebbende en niet ver genoeg voor menige kweker. De Minister vond echter dat de door de kwekers gepleite brede vrijstelling niet te rijmen valt met TRIPs of met de Richtlijn 98/44/EG (de Biotechrichtlijn).⁵³ Op 13 november 2014 is overigens, op initiatief van een aantal grote groentenveredelingsbedrijven uit verschillende landen, de vereniging *International Licensing Platform* (ILP) opgericht. Dit platform biedt de mogelijkheid om de wereldwijde toegang tot en het gebruik van planteigenschappen te verbeteren.⁵⁴

Volledige proceskostenveroordeling

Het IE-recht kent zijn eigen, afwijkend procesrecht, met als belangrijkste en meest omstreden onderdeel de volledige proceskostenveroordeling.⁵⁵ Volledige proceskostenveroordeling is mogelijk en lijkt zelfs de regel. Maar er zijn ook zogenaamde indicatietarieven.⁵⁶ De rechter kan op grond daarvan of om andere redenen matigen.⁵⁷ Wanneer beide partijen ongeveer evenveel kosten claimen wordt er zelden gematigd. Het komt ook wat vreemd over om dan

om matiging te vragen.⁵⁸ Er is ook sprake van grote rechtsonzekerheid over wanneer een volledige proceskostenveroordeling nu eigenlijk geïndiceerd is. Alleen in inbreuk-zaken of ook in zaken waar het gaat om de geldigheid van een recht? Dat laatste is vaak een opmaat naar een inbreuk-zaak, maar niet altijd. Verkade deed in zijn allerlaatste conclusie als A-G een voorzet voor wat duidelijke regels,⁵⁹ maar de Hoge Raad deed daar niets mee.⁶⁰ Wel matigde de Hoge Raad recent voor het eerst in niet mis te verstane bewoordingen een proceskostenclaim met ruim € 25 000.⁶¹ De volledige proceskostenveroordeling heeft intussen vrijwel zeker een *chilling effect* voor minder kapitaalkrachtige partijen. Een aangesproken partij schikt snel en een rechthebbende durft het vaak niet aan om een procedure te beginnen. Ook een eiser die een kort geding voor de zitting intrekt, kan in de volledige proceskosten worden veroordeeld.⁶² IE is altijd feest, behalve als het over de proceskosten gaat.

IE is altijd feest, behalve als het over de proceskosten gaat

In de pijplijn

Bij het sluiten van de kopij voor de kroniek wordt uitgekeken naar het arrest van de Hoge Raad over het hyperlinken naar de uitgelekte blootfoto's van Britt Dekker. Gaat de Hoge Raad conform de conclusie van A-G Van Peursem⁶³ prejudiciële vragen stellen over hyperlinken naar evident illegale bronnen? Zo ja, dan is het antwoord van het HvJ EU mijns inziens eenvoudig te voorspellen: dat

mag natuurlijk niet. Het is een ontoelaatbare mededeling aan een nieuw 'niet-ingecalculeerd' publiek.⁶⁴ Ook kijken we uit naar het arrest van de Hoge Raad over het blokkeren van The Pirate Bay door internet providers.⁶⁵ Gokje: dat blokkeren moet wel, dat volgt uit het *UPC Wien*-arrest van het HvJ EU van 27 maart 2014.⁶⁶ De octrooimensen zijn druk met hun *unitair octrooi* dat dichterbij komt, maar er nog niet is.⁶⁷ Een wijziging van de Gemeenschapsmerkenverordening en Herschikking merkenrichtlijn zijn nog steeds onderweg.⁶⁸ Verder zit er een EU-richtlijn over de bescherming van bedrijfsgeheimen aan te komen,⁶⁹ ook daarover vermoedelijk volgend jaar meer. *Never a dull moment*. Maar de eerste vraag is dus: gaat Britt Dekker naar Luxemburg? •



Britt Dekker, foto: Carli Hermes, bron: www.carlihermes.com

49. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:816 (*Medinol vs. Abbot*), r.o. 3.5.2.

50. Het 'wezen' van een octrooi blijft een zeer beladen begrip dat is gedegradeerd tot 'gezichtspunt', maar nog steeds van belang is.

51. HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2900, AA 2015, p. 49 m.nt. Van Engelen, *BIE* 2014, nr. 62 m.nt. Den Hartog (*Leo Pharma vs. Sandoz*), r.o. 3.5.

52. Europees Octrooibureau, Guidelines for examination, Part G - Patentability, Chapter VII - Inventive step, 3. Person skilled in the art.

53. Zie de brief van de minister aan de Tweede Kamer van 2 oktober 2014. De minister is van plan om zich in te zetten op Europees niveau voor een bredere exceptie – en ook voor een beperking van hetgeen octrooieerbaar is op plantengebied. Wordt vervolgd.

54. Zie voor verdere achtergrondinformatie en de inhoud van het ILP: Suelmann en Van der Kooij, 'Het International Licensing Plat-

form: een mijlpaal', *BIE* 2014, p. 260 e.v.

55. Art. 1019h Rv. Over de verenigbaarheid van een beperkte (forfaitaire) proceskostenveroordeling met de Handhavingsrichtlijn zijn in België recent belangrijke prejudiciële vragen gesteld: Hof van Beroep Antwerpen 26 januari 2015, *IEF* 14605 (*Telenet vs. United Video Properties*).

56. Indicatietaarven in IE-zaken 2015 (voor rechtbanken, hoven en de Hoge Raad), *IEF* 14460.

57. Zie: W. Olieslagers en S. van Gompel, 'Het procesrisico in IE-zaken. Een empirisch onderzoek naar de toepassing van de indicatietaarven', *AMI* 2014/5, p. 133-138.

58. 'Een partij die zelf nagenoeg gelijke proceskosten opgeeft maar de proceskosten van de wederpartij betwist heeft boter op zijn hoofd. Door betwisting bestrijdt deze partij immers indirect ook de redelijkheid van de eigen proceskosten', Olieslagers & Van Gompel, *AMI* 2014/5, p. 136, noot 26.

59. ECLI:NL:PHR:2014:224.

60. HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2900, (*Leo Pharma vs.*

Sandoz). Zie hierover: C. Vrendenburg, 'Proceskostenveroordeling volgens "de glijdende schaal van Verkade"', *BIE* 2014/5, p. 226-230.

61. HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:292 (*Leidseplein vs. Red Bull*), r.o. 2.6.3.

62. Hof Den Haag 25 november 2014, *IEF* 14413 (*Containerbox vs. City Box*).

63. Conclusie AG HR 9 januari 2015, ECLI:NL:PHR:2015:7 (*GeenStijl vs. Sano-ma-Playboy-Britt Dekker*). Het arrest wordt verwacht op 3 april 2015.

64. Zie: Visser, 'Hoe 'Luxemburg' de Britt Dekker-vragen gaat beantwoorden', *IEF* 14537 (12 januari 2015).

65. De conclusie van AG Van Peursem in die zaak wordt op 17 april 2015 verwacht.

66. HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192, *IER* 2014/45 m.nt. Kulk (*UPC Telekabel Wien vs. Constantin Film*).

67. Zie bijv.: Pors, 'Het unitair octrooi en het unified patent court - een revolutie in de octrooiwereld', *IER* 2014/57, p. 384 e.v.

68. Zie: Cohen Jehoram, 'Nieuw en verbeterd! Het Europees merkenrecht', *BIE* 2013, p. 198-205.

69. Richtlijn betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan (Richtlijn bescherming bedrijfsgeheimen, kenbaar uit het positieve NL standpunt dienaangaande: *Kamerstukken II* 2013/14, 22112, 1779. Zie ook: M. Schut & S. van Loon, 'Bescherming van knowhow in Nederland: huidige stand van zaken en vooruitblik aan de hand van de ontwerp richtlijn bescherming bedrijfsgeheimen', *BIE* 2014, p. 157-162; M. Schut en S. van Loon, 'Bescherming van knowhow in Nederland: huidige stand van zaken en vooruitblik aan de hand van de ontwerp richtlijn bescherming bedrijfsgeheimen - Deel II', *BIE* 2014, p. 180-187; A.W.J. Kamperman Sanders, 'Exposé voorstel richtlijn bedrijfsgeheimen', *IER* 2014/14, (afl. 2), p. 89.